

**Recurso 12/2016****Resolución 51/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de febrero de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D<sup>a</sup> M.Á.P.R.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión de la escuela de educación infantil sita en la Villa de Níjar” (Expte. 172/2015), promovido por el Ayuntamiento de Níjar (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de octubre de 2015, se acordó la aprobación del expediente para la contratación de la “Gestión de la escuela de educación infantil sita en la Villa de Níjar” (Expte. 172/2015) y la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento abierto.

El 21 de diciembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería nº 244, y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Níjar, el anuncio de licitación del citado contrato.



**SEGUNDO.** Con fecha 5 de enero de 2016, se presenta en Correos recurso especial en materia de contratación interpuesto por D<sup>a</sup> M.Á.P.R. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho escrito de recurso tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Níjar el 7 de enero de 2016.

El 25 de enero de 2016 se recibió en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación remitiendo el recurso interpuesto, el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

**TERCERO.** Por la Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 27 de enero de 2016, se requirió a la recurrente para que aportase copia compulsada del documento nacional de identidad.

Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en este Tribunal dentro del plazo legal concedido.

**CUARTO.** El 5 de febrero de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados concediéndoles un plazo de 5 días para que presentaran alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad MEGADIVER SOCIOEDUCATIVA, S.L..

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de



Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto el acto impugnado ha sido dictado por el Ayuntamiento de Níjar (Almería), derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio que, a tales efectos, se formalizó entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el citado Ayuntamiento el 3 de octubre de 2013, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

**SEGUNDO.** Procede ahora abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según el certificado que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

- (...)



- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (94/2012, de 15 de octubre, 97/2012, de 19 de octubre, 29/2013, de 19 de marzo y 113/2014, de 8 de mayo, 398/2015 de 17 de noviembre entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el caso que nos ocupa, la recurrente esgrime que es una persona física cuya actividad se centra en el objeto del presente contrato, de manera que sus derechos e intereses legítimos se ven perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto del presente recurso. Por tanto, queda suficientemente acreditada la legitimación de aquella para recurrir en virtud de los perjuicios alegados, y que pretende evitar, por medio de la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Como se menciona en la Resolución de este Tribunal 398/2015, de 17 de noviembre, anteriormente invocada, *“Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que*



*la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación del recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho”.*

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la recurrente ostenta legitimación suficiente para la interposición del recurso.

**TERCERO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.*

*(...)”.*

En el presente caso, el anuncio de licitación fue publicado en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Níjar y en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería con fecha 21 de diciembre de 2015, por lo que el escrito presentado en Correos el día 5 de enero de 2016, con entrada en el Registro del Ayuntamiento de Níjar el 7 de enero de 2016, se encuentra presentado dentro del plazo legal indicado.

**CUARTO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce



frente a los pliegos que rigen la licitación del contrato, que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.2 a) del TRLCSP.

No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión de servicio público mediante la modalidad de concesión, con una duración prevista de 24 meses y sin previsión de gastos de primer establecimiento, ya que la sujeción al recurso especial sólo procede respecto a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años (artículo 40.1 c).

La adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 216/2014, 217/2014, de 10 de noviembre y 95/2015, de 11 de marzo, y por los restantes Órganos de Recursos Contractuales, con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto en numerosas sentencias, de las que destacamos las siguientes:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala que, ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte



significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.

- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:



1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido



como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.

Así pues, como señala la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.

En este caso, la empresa que resulte adjudicataria del contrato percibirá, por parte de los usuarios del servicio, las tarifas que han de abonar, sin que el Ayuntamiento abone ninguna cantidad, ni se haga cargo de las cuotas impagadas, apareciendo además las plazas ya determinadas en la definición del objeto del contrato. Únicamente se prevé que la adjudicataria perciba, por parte de la Administración educativa, las cantidades que corresponde abonar como consecuencia de la gratuidad y de las bonificaciones a que se refiere el artículo 33 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil.

No es determinante, como hemos indicado en otras ocasiones, que el pago se realice directamente por la Administración o por los particulares, pero sí que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio.

En este caso, el Ayuntamiento no aporta ninguna cantidad al concesionario por lo que el contrato no sólo no le genera ningún coste, sino que además supone un



ingreso para el mismo a través del pago del canon a que se obliga el adjudicatario y sobre el cual pivota la oferta económica que ha de realizar cada licitador.

En un contrato similar, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus resoluciones 94/2014, de 24 de junio y 130/2014, de 16 de julio, tuvo en cuenta, meramente a efectos interpretativos, la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privadas, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al SEC 2013, (Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea), a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas, donde se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el de demanda.

El riesgo de construcción se refiere a las consecuencias derivadas de retrasos, sobrecostes o incumplimiento de estándares de calidad, o deficiencias técnicas de las obras que constituyen parte del objeto del contrato. Es cierto que el riesgo de construcción es un elemento inherente a los contratos de concesión de obra pública, pero cabe también apreciar su existencia en los contratos de concesión de servicios que llevan aparejada construcción.

En el contrato objeto del presente recurso el adjudicatario no está obligado a realizar ningún tipo de obras, ya que recibe el local del Ayuntamiento con el equipamiento que consta en la documentación y solo debe realizar el mantenimiento y conservación del mismo.



El riesgo de disponibilidad se aplica a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico o cosmético, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario, cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad.

En este caso, como se ha indicado no existe un pago por parte del Ayuntamiento al concesionario, pero sí existe una previsión expresa en los pliegos sobre la resolución del contrato, abono de los daños y perjuicios causados a la Administración y penalidades en función del grado de cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

Por otro lado, hemos de señalar que el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. De manera que, en el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real, no se produce ninguna transmisión del riesgo. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans &



Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada.

Por tanto, aun cuando el riesgo de demanda no debería ser determinante para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección limitada en cuanto a los servicios prestados, ya que las plazas han sido fijadas por el Ayuntamiento, en el presente supuesto podríamos considerar que sí existe riesgo de demanda. Al respecto, como ya hemos señalado, el contratista percibirá las tarifas abonadas por los usuarios del servicio sin que el Ayuntamiento le asegure o abone una cantidad adicional fija con independencia del nivel de ocupación de las plazas o se haga cargo de las cuotas impagadas, no estando garantizada la probabilidad de que la totalidad de las plazas ofertadas se cubran. Ello significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

Este riesgo tiene una repercusión económica importante pues la totalidad del precio del contrato proviene de las cuotas de escolaridad, horario ampliado y comedor que deben abonar los padres mediante precio público.

Por lo tanto, a la vista del conjunto de elementos y factores existentes, debemos concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato como de gestión de servicio público.



Hay tener en cuenta también, a los meros efectos interpretativos, el contenido de la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional, señalando que hay transferencia del mismo al concesionario “cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes” art.5.2 y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Por lo expuesto, este Tribunal entiende que el contrato cuyos pliegos son objeto del presente recurso puede encuadrarse en la categoría de contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión. En consecuencia, no teniendo gastos de primer establecimiento, no le corresponde a este Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP.

Por tanto, procede declarar la inadmisión del recurso presentado al no ser el contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación, sin que proceda ya entrar a conocer los motivos de fondo en que el recurso se sustenta, así como emitir un pronunciamiento sobre la medida provisional de suspensión solicitada.

**QUINTO.** Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que en los supuestos referidos a contratos y actos distintos a los señalados en el artículo 40.1, es de aplicación lo dispuesto al efecto en el artículo 40.5 del TRLCSP que dispone que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del*



*Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En este sentido, de conformidad con lo establecido en los artículos 116 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cabe la interposición del recurso potestativo de reposición previo al contencioso-administrativo, en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto objeto del recurso.*

Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, según el cual *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que proceda a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada Ley 30/1992.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D<sup>a</sup> M.Á.P.R.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión de la escuela de educación infantil sita en la Villa de Níjar” (Expte. 172/2015), promovido por el Ayuntamiento de Níjar (Almería), al no ser el contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**SEGUNDO.** Remitir el escrito de al órgano de contratación al objeto de que proceda a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

